

Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht: Over herstel binnen de ontstane toestand en een toekomstgerichte maatstaf

Citation for published version (APA):

van Dijck, G. (2016). Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht: Over herstel binnen de ontstane toestand en een toekomstgerichte maatstaf. *Nederlands Juristenblad*, (23), 1608-1616.

Document status and date:

Published: 01/06/2016

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht

Over herstel binnen de ontstane toestand en een toekomstgerichte maatstaf

Gijs van Dijck¹

In dit artikel staat het ontwikkelen van een nieuw schadevereiste centraal. Het bestaande schadebegrip kenmerkt zich doordat het terugkijkt en zich vooral richt op financieel nadeel. Het schadevereiste is bruikbaar in een hoeveelheid situaties, maar is problematisch gebleken waar het gaat om immateriële schade, niet-financiële belangen en materiële schade waarvan het bepalen van de hoogte speculatief is. Dit artikel analyseert of, en zo ja hoe, het bestaande schadevereiste en het concept van herstel in oude toestand te verenigen is met een meer toekomst- en herstelgerichte benadering. Het laat zien dat er geen tegenstelling hoeft te bestaan tussen het bestaande schadebegrip en de herstelgerichte benadering. Daarvoor is wel een alternatief beoordelingskader vereist. De invulling en toepassing van het alternatieve schadebegrip wordt besproken, alsook begrenzingsmogelijkheden om te vergaande aansprakelijkheid in te perken. Voorbeelden worden gebruikt om de werking van het nieuwe schadevereiste te illustreren.

Inleiding

Stel: een 23-jarig slachtoffer is betrokken bij een auto-ongeval en heeft als gevolg van het ongeval botbreuken, uitval van spieren en schade aan auto en kleren. Een logische vraag is dan: hoe nu verder? In ieder geval zal fysiotherapie noodzakelijk zijn om de persoon zo veel mogelijk te laten herstellen. Permanente hulp voor het huishouden en verzorging is denkbaar, en mogelijk moet de woning worden aangepast, zal een aangepast bed moeten worden gebruikt, en wellicht moet er een op het slachtoffer toegesneden rolstoel komen. En het is denkbaar dat er inkomensschade is, want de arbeidsperspectieven van het slachtoffer zouden na het ongeval wel eens sterk kunnen zijn afgenomen.

De juridische vraag is of er schade is geleden. Schade wordt daarbij bepaald, en de hoogte ervan berekend, door de situatie waarin de benadeelde zich bevindt te vergelijken met de hypothetische situatie waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.² Het idee is

om de benadeelde zo veel mogelijk terug te brengen in de toestand van voor de schadeveroorzakende gebeurtenis.³

Het verzet tegen het concept van herstel in de oude toestand en, meer algemeen, tegen een restitutiegericht of op schadevergoeding gebaseerd aansprakelijkheidsrecht, lijkt groeiende, in ieder geval in een aantal typen situaties. Tot voor kort beperkte de kritiek zich tot deelonderwerpen zoals verlies van arbeidsvermogen, immateriële behoeften en de verklaring voor recht.⁴ Thans richten auteurs hun pijlen op letselschade in het algemeen, getuige de roep om een herstelgericht aansprakelijkheidsrecht⁵ en een capaciteitenbenadering.⁶ Dergelijke benaderingen, die ik hierna aanduid als 'herstelgericht' gaan in essentie over het 'wat nu'⁷ en 'hoe verder', terwijl herstel in de oude toestand gaat over een 'wat als (de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet had voorgedaan)'.

Een herstelgericht aansprakelijkheidsrecht werpt verschillende vragen op, onder meer ten aanzien van de theoretische fundering (corrigerende rechtvaardigheid, distri-

‘Herstelgerichte’ benaderingen gaan in essentie over het ‘wat nu’ en ‘hoe verder’, terwijl herstel in de oude toestand gaat over een ‘wat als (de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet had voorgedaan)’

butieve rechtvaardigheid enz.) en de empirische werking van een meer herstelgericht aansprakelijkheidsrecht (hoe pakt het uit?, werkt het?, zijn er ongewenste neveneffecten?). Een andere vraag heeft betrekking op het ‘doorrekenen’: welke gevolgen heeft de nieuwe benadering voor de betekenis en invulling van het schadebegrip? Dit artikel richt zich op laatstgenoemde vraag: Kan een herstelgerichte benadering worden verenigd met het schadebegrip en met bestaande uitgangspunten in het schadevergoedingsrecht, en zo ja, hoe? Het ontwikkelen van een alternatief schadebegrip is niet alleen theoretisch interessant, maar ook relevant voor rechters, advocaten, belangenbehartigers, verzekeraars en beleidsmakers die op zoek zijn naar een juridische grondslag voor, en duiding van, de herstelgerichte benadering.

Het beantwoorden van de onderzoeksvraag gebeurt door het uitwerken van een eerder geïntroduceerd concept, namelijk dat van herstel binnen de ontstane toestand.⁸ Het onderzoek waarin dit herstel binnen de ontstane toestand werd gepresenteerd beperkte zich tot de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht meer kan voorzien in emotionele behoeften zoals de behoefte aan excuses, erkenning, willen weten wat er gebeurd is en het nemen van maatregelen zodat wat er is gebeurd zich niet nog een keer voordoet. Onduidelijk is of het ontwikkelde alternatief tevens kan worden gebruikt voor financiële behoeften en financieel nadeel. Daarover gaat dit artikel.

In het beantwoorden van de vraag of dan wel hoe een herstelgerichte benadering kan worden verenigd met het schadebegrip en met bestaande uitgangspunten in het schadevergoedingsrecht schuilt een belangrijke vooronderstelling, namelijk dat het nodig, belangrijk, wenselijk enz. is dat het aansprakelijkheidsrecht aangepast wordt aan de behoeften van benadeelden. Over die vooronderstelling kan verschillend worden gedacht. Een kritische analyse van deze vooronderstelling vereist echter nader onderzoek. Dit artikel vertrekt dan ook vanuit de idee dat *indien* men een herstelgericht aansprakelijkheidsrecht zou willen ontwikkelen, wat er dan dient te gebeuren.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Ik begin met het schetsen van het concept van herstel in de oude toestand en de bezwaren hiertegen (par. 2). Vervolgens wordt een alternatief schadebegrip ontwikkeld dat beoogt de voordelen van de bestaande benaderingswijze te behouden en de bezwaren weg te nemen (par. 3). Het artikel vervolgt met beantwoording van de vraag naar de juridische grondslag van het alternatief (par. 4) en de vraag hoe het bereik van het alternatieve concept kan worden begrensd (par. 5). Er wordt afgesloten met een conclusie (par. 6). Bij het ontwikkelen en toetsen van het alternatief is aandacht voor de grondslagen van het schadevergoedingsrecht, maar ook voor hoe de abstracte grondslagen kunnen worden vertaald naar een concreet beslismodel.

Auteur

1. Mr. G. van Dijk is verbonden aan de Universiteit van Tilburg, Departement Privaatrecht. De auteur dankt (in alfabetische volgorde) Stéphanie van Gulijk, Edith Hurkens, Siewert Lindenberg, Marc Loth en Eric Tjong Tjin Tai voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

Noten

2. Onder andere HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 ('(...) de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden'); HR 5 december 2008, NJ 2009/387 (*Rijnstaete vs. Reuvers*), m.nt. J.B.M. Franken ('Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben ver-

keerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven'). Zie voorts HR 24 september 2004, NJ 2006/201 (*Van Gemerden-Muijlaert vs. Moes*); HR 28 maart 2003, NJ 2003/389 (*V. vs. Branderhorst*); HR 13 december 2002, NJ 2003/212 (*B. vs. Olfiers*); HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (*Vehof-Vasters vs. Helvetia*); HR 2 november 1962, NJ 1963/61 (*De Jonge Venezo*), m.nt. H. Beekhuis alsook A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 31; Siewert Lindenberg, 'Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel', in: De Groot, Hartlief, Smits & Van Vliet, *Kritiek op recht: Liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht*, Deventer: Kluwer 2014; S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen deel 1*

(*Monografieën nieuw BW B-serie 34*), Deventer: Kluwer 2008, p. 16; A.R. Bloembergen & S.D. Lindenberg, *Monografieën Burgerlijk Wetboek B-34, Schadevergoeding: algemeen deel 1*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 6; W.H. van Boom, 'Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid', *Nederlands Tijdschrift Burgerlijk Recht* 2011/4, p. 163.

3. Zie nader par. 2.

4. Zie nader par. 2, alsook onder meer D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening. Heeft de Hoge Raad de deur opengezet?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010/6 en G. van Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand', *NJB* 2015/1787, afl. 36, p. 2530-2536.

5. A. Akkermans, 'Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel', in: (*Je geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het*

symposium van de Vereniging van Letsel-schade Advocaten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015. Zie voorts T. Hartlief, 'Vooraf - Waar ligt de toekomst van het personenschade-recht?', *NJB* 2015/40 ('de opmerkelijke, bijna 'massieve', belangstelling voor een nieuwe benadering waarin herstel voorop staat').

6. M.A. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over herstel van autonomie, beginse-len in het aansprakelijkheidsrecht, en de 'maatmens benadeelde'*, Deventer: Kluwer 2016.

7. 'Wat nu' ontleend aan F.Th. Kremer, "'Wat nu' in plaats van 'Wat anders'?" Pleidooi voor een alternatief uitgangspunt voor de schadevergoeding van ernstig en blijvend gewonde kinderen', in: Lindenberg, Kremer & Tromp, *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: PIV 2009.

8. G. van Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand', *NJB* 2015/1787, afl. 36, p. 2530-2536.



2. Herstel in de oude toestand

Herstel in de oude toestand (*restitutio in integrum*) ligt ten grondslag aan het schadevergoedingsrecht. Hoe dit type herstel wordt uitgelegd en hoe het uitpakt, blijkt het beste uit de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het schadebegrip. Het vergelijken van de ontstane situatie met de (hypothetische) situatie die zou zijn ontstaan als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden, is in veel gevallen een werkbare maatstaf gebleken om de aanwezigheid van schade, en de hoogte ervan, te bepalen. Dit geldt in het bijzonder voor materiële schade. Indien iemands auto wordt beschadigd door onrechtmatig handelen van een ander, is het doorgaans mogelijk om na te gaan wat het zou kosten om de auto in de toestand te brengen zoals die was indien het onrechtmatig handelen niet had plaatsgevonden. Mogelijk kan de

schade worden hersteld, of anders kan hetzelfde type of model auto worden aangeschaft ter vervanging van de beschadigde auto. Als een ander op onrechtmatige wijze een telefoon uit iemands handen slaat waardoor de telefoon niet meer werkt, kan worden berekend wat het zou kosten om een andere, vergelijkbare telefoon aan te schaffen. Indien een koffiezetapparaat kortsluiting veroorzaakt waardoor er brand uitbreekt en een woning brandschade heeft, kan worden bepaald wat het zou kosten om de brandschade te herstellen. Enzovoort.

Voor immateriële schade ligt het anders. Daar is de met/zonder-vergelijking vaak niet bruikbaar, omdat het direct compenseren van pijn, verdriet of gederfde levensvreugde doorgaans niet mogelijk is en/of omdat de benadeelde immateriële behoeften heeft die niet of moeilijk met een materiële vergoeding kunnen worden gecomp-

penseerd. De gedachte achter het vergoeden van immateriële schade is dan ook dat ze een substituuut of alternatief is voor het realiseren van herstel in de oude toestand:

*'Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedgeemaakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituuut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.'*⁹

Het vergoeden van immateriële schade dient overigens niet alleen als (onvolmaakt) alternatief voor compensatie van welzijn zoals pijn, verdriet en gederfde levensvreugde. Het verlangen van een opoffering herstelt ook het verstoorde evenwicht tussen benadeelde en veroorzaker,¹⁰ alsmede het geschokte rechtsgevoel.¹¹ Het vergoeden van immateriële schade in gevallen van bijvoorbeeld shockschade¹² of affectieschade¹³ brengt de benadeelde noch de maatschappij terug in de oude toestand.

Herstel in de oude toestand met zijn 'met/zonder'- of 'wat als'-vergelijking is bovendien ongeschikt om te beoordelen of vergoedingen anders dan in geld (of restitutie) uitkomst kunnen bieden. In de eerdere publicatie waar ik hierboven aan refereerde beschreef ik de problemen die bestaan bij het toepassen van het huidige schadebegrip en het concept van herstel in oude toestand op situaties van emotionele belangen.¹⁴ Het knelpunt ten aanzien van het honoreren van emotionele belangen komt overeen met wat ook hierboven in feite al werd geconstateerd, namelijk dat het terugkijken zoals dat bij het schadeverreiste en herstel in de oude toestand gebeurt, vereist dat benadeelden worden gebracht in een toestand waarin zij niet meer gebracht kunnen worden.¹⁵ Indien een kind ter wereld wordt gebracht als gevolg van een behandelaar die een vruchtwaterpunctie onterecht niet nodig acht,¹⁶ komt herstel in de oude toestand neer op het creëren van een

situatie zonder het kind. Een vergelijking tussen het wel en niet uitvoeren van de vruchtwaterpunctie betekent immers een vergelijking met en zonder het kind. Dezelfde onmogelijke vergelijkingen doen zich voor waar het gaat om emotionele of immateriële behoeften zoals erkenning, excuses en het willen weten wat er gebeurd is. Een beoordeling van dergelijke behoeften is problematisch bezien vanuit herstel in de oude toestand. Erkenning, excuses en openheid over wat er gebeurd is kunnen waardevol zijn voor benadeelden, maar leidt of leiden waarschijnlijk niet tot herstel in de oude toestand.

Het terugkijken zoals dat bij het schadeverreiste en herstel in de oude toestand gebeurt, vereist dat benadeelden worden gebracht in een toestand waarin zij niet meer gebracht kunnen worden

Herstel in oude toestand knelt zelfs in situaties van vermogensschade. Met name het verlies van arbeidsvermogen waar een ander voor aansprakelijk is illustreert dit. De begroting van schade blijkt vooral bij jonge slachtoffers speculatief. Neem als voorbeeld de situatie uit de inleiding, maar dan met een zevenjarig meisje. Het is doorgaans hoogst speculatief om te voorspellen hoe dergelijke jeugdige benadeelden zich zouden ontwikkelen in termen van opleidingsniveau, ambities enz. De vergelijking van de situatie met en zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis is dan moeilijk te maken.¹⁷ Een oplossing is om aan te knopen bij het opleidingsniveau, arbeidskansen en inkomen van ouders, broertjes of zusjes van de benadeelde,¹⁸ maar de

9. VC II Parl. Gesch. Boek 6, p. 385 (Van Agt).

10. Lindenbergh 1998, p. 34 ('de benadeelde een bevredigend, zo veel mogelijk gelijkwaardig, alternatief of tegengewicht krijgt voor zijn geleden immateriële schade. Het gaat om een vervangende prestatie die op een meer abstract niveau een zeker evenwicht beoogt te herstellen').

11. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 en 378. Zie voorts EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 387-388; HR 20 september 2002, NJ 2004/112 (Erven Beentjes vs. Lokhorst), m.nt. JBMV.

12. Bijv. HR 22 feb. 2002, NJ 2002/240 (Taxibus).

13. Wetsvoorstel affectieschade, Kamerstukken II 2014/15, 34257, 2. Zie tevens

het eerder door de Eerste Kamer afgewezen Kamerstukken II 2002/03, 28781, 3, p. 1-2.

Zie voorts Handelingen I 2009/2010, 23, p. 1013-1014; Wetsvoorstel Affectieschade, Kamerstukken II 2002/03, 28781.

14. G. Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand', NJB 2015/36.

15. Zie ook T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 2008/34 ('met de enkele vergoeding van vermogensschade is de gedupeerde veelal niet in zijn 'oude' toestand hersteld').

16. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606

(Baby Kelly).

17. T. Hartlief, 'Vergoeden van personen-schade: wat is wijsheid?', in: Castermans, Hijma, Jansen, Memelink, Sniijders & Stolk, Ex libris Hans Nieuwenhuis: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 525-526; T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 2005/5, p. 163-165; J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', NTBR 2007. Zie ook A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2003/4, p. 101, die wijst op het belang van een goede vraagstelling aan deskundigen:

of het slachtoffer in de situatie zonder het ongeval beperkingen zou hebben gevonden in plaats van of de beperkingen het gevolg zijn van het ongeval.

18. Chr. H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 2015/4, par. 2.1, met verdere verwijzingen in voetnoot 15 aldaar. Zie ook Rb. Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847 (aanknopen bij de loopbaan en het inkomen van een oudere broer van het slachtoffer), zoals beschreven in J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: LSA, Waarheidsvinding en privacy, 2005, p. 91-92.

voorspellingskracht hiervan is niet minder omstrede.¹⁹ Een alternatief is om schade te begroten door te abstraheren van het individu indien voorspellingen over het verlies van arbeidsvermogen hoogst speculatief zijn,²⁰ maar dat verplaatst het probleem, omdat dan de vraag rijst welke alternatieve vergelijkingsmaatstaf (bijvoorbeeld de vergelijking met het modaal inkomen?) moet worden gehanteerd, en waarom.

Een meer ingrijpende oplossing is om het model van een vergelijking tussen de situatie met en zonder de gebeurtenis los te laten en de pijlen te richten op herstel binnen de ontstane toestand in plaats van op herstel in de oude toestand. Het gaat dan primair om het zoeken naar mogelijkheden tot zelfontplooiing, het herstel van autonomie, het zoeken naar capaciteiten van de benadeelde die wél of meer benut kunnen worden, kortom, naar wat nog wél mogelijk is.²¹ De capaciteitenbenadering ('capability approach') die Loth in navolging van onder andere Nussbaum beschrijft, vertrekt vanuit die gedachte.²² In de gedane voorstellen schuilt echter een belangrijke beperking: de vertaalslag naar de inpasbaarheid in het huidige aansprakelijkheidsrecht, het schadevergoedingsrecht, blijft doorgaans achterwege.

Een meer ingrijpende oplossing is om het model van een vergelijking tussen de situatie met en zonder de gebeurtenis los te laten en de pijlen te richten op herstel binnen de ontstane toestand

3. Naar een alternatief schadebegrip

Drie elementen zijn van belang indien getracht wordt de herstelgerichte benadering te verenigen met het bestaan van schadebegrip. Ten eerste is er het aspect van volledige vergoeding van ten eerste berekende schade, dat inhoudt dat schade zo veel mogelijk dient te worden toegesneden op het individu van de benadeelde.²³ Het tweede element betreft het concept van herstel in oude toestand en, daaraan verbonden, het huidige schadebegrip met de met/ zonder-vergelijking. Het derde, meer recente element duid ik aan als de herstelgerichte benadering.²⁴ Laatstgenoemde benadering vertrekt vanuit de gedachte dat het schadevergoedingsrecht, en het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen, gericht dienen te zijn op herstel van de benadeelde. Herstel dient daarbij breed te worden opgevat, dat wil zeggen, herstel op medisch, praktisch, psychologisch, emotioneel en sociaal gebied.²⁵ De herstelgerichte benadering is daarmee breder dan een op restitutie of op schadevergoeding gebaseerd aansprakelijkheidsrecht, wat terugkijkt en zich bovendien beperkt tot op geld waardeerbare belangen en behoeften.

Hoe kunnen de elementen worden verenigd? In een eerdere publicatie introduceerde ik het concept van herstel binnen de ontstane toestand.²⁶ Daarin stelde ik dat een herstel binnen de ontstane toestand in de context van emotionele behoeften vraagt om een beoordeling van de mogelijkheden die de benadeelde in kwestie nog heeft en welke van deze mogelijkheden hij/zij kan en/of wil benutten. Herstel binnen de ontstane toestand impliceert een toekomstgerichte blik en dus een toekomstgerichte maatstaf. Het gaat daarbij om de vraag 'hoe verder' of 'wat nu'. Hiermee heeft de herstelgerichte benadering een plek binnen het concept van herstel binnen de ontstane toestand. Omdat de herstelgerichte benadering gericht is op herstel van de benadeelde in kwestie, sluit het concept tevens aan bij het uitgangspunt van concrete (en volledige) schadevergoeding.

Herstel binnen de ontstane toestand sluit terugkijken niet uit. Ook terugkijken kan toekomstgericht zijn. Veelal zal het terugbrengen in de oude toestand voldoende zijn voor een benadeelde om verder te kunnen. Indien iemand te dicht langs een geparkeerde auto fietst en op onrechtmatige wijze de spiegel van de auto beschadigt, volstaat reparatie van de spiegel. De benadeelde kan dan verder. Het concept van herstel binnen de ontstane toestand kan dus ook herstel in de oude toestand omvatten.

De omstandigheid dat zowel terugkijken als vooruitkijken mogelijk is binnen de idee van herstel binnen de ontstane toestand maakt nog niet duidelijk wanneer herstel in de oude toestand de voorkeur geniet, en wanneer de herstelgerichte benadering. Met andere woorden, wat is het beslissingschema bij toepassing van een concept als 'herstel binnen de ontstane toestand'? Het uitgangspunt is en blijft als gezegd concrete en volledige schadevergoeding. Schade dient te worden bepaald en berekend aan de hand van de behoeften van de benadeelde in kwestie. De vergelijking met en zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zal in dit verband voor veel materiële schadeposten een zinvolle maatstaf blijven. Ik verwees hierboven al naar voorbeelden, zoals de reparatie van goederen (bijvoorbeeld woning, telefoon, auto, kleren enz.). Ook voor een 56-jarige hoogleraar Burgerlijk Recht is een behoorlijk goede voorspelling te geven van inkomsten uit arbeid die zouden zijn verkregen indien een schadeveroorzakende gebeurtenis die leidt tot arbeidsongeschiktheid en blijvende invaliditeit niet had plaatsgevonden. Voor schadeposten die overwegend financieel van aard zijn en waar een vergelijking met de oude toestand mogelijk is en niet (hoogst) speculatief, is de vergelijking tussen de situatie met en zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis een geschikte maatstaf gebleken om het bestaan van schade, en de hoogte ervan, te bepalen. Dat kan zo blijven onder het concept 'herstel binnen de ontstane toestand'.

Voor schadeposten of situaties waarin het vergelijken met de hypothetische situatie die zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn ontstaan een (hoogst) speculatief karakter krijgt, ligt dit anders. Daar ligt de hierboven beschreven herstelgerichte benadering voor de hand. Neem het voorbeeld van een éénjarig jongetje dat in 1982 in de auto van zijn ouders hersenletsel oploopt bij een verkeersongeval, met als gevolg dat hij voor de rest van zijn leven aangewezen is op beschermd wonen.²⁷ Hoe moet de inkomenscapaciteit van deze benadeelde worden bepaald? Het vergelijken met en zonder het ongeval geeft

geen richting, want het is niet bekend hoe het kind zich zou hebben ontwikkeld indien het ongeval niet had plaatsgevonden. Het vergelijken met de oudere broer is ook weinig zinvol, want dat is waarschijnlijk geen goede voorspeller van hoe een kind zich zal ontwikkelen. Een betere toets is er een die in concreto vooruitkijkt: welk inkomen is nodig om, gegeven de omstandigheden, een behoorlijk leven te leiden? Niet de (hypothetische) toestand zoals die zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden, maar de (hypothetische) toestand waarin de benadeelde zich redelijkerwijs zal kunnen bevinden wordt daarmee de vergelijkingsmaatstaf.²⁸ De vergelijkingsmaatstaf wordt dan dus niet de benadeelde zoals deze was, maar de benadeelde zoals die nog kan zijn of worden. Deze 'maatmens' past niet alleen bij een herstelgerichte benadering, maar doet tevens recht en geeft invulling aan het uitgangspunt

De vergelijkingsmaatstaf wordt dan dus niet de benadeelde zoals deze was, maar de benadeelde zoals die nog kan zijn of worden

van concrete en volledige schadevergoeding.²⁹

Een dergelijke toekomstgerichte maatstaf kan vereisen dat een behandelplan met de school wordt opgesteld en dat wordt gekeken naar een rustige en stabiele omgeving voor kind en ouders in de nieuwe situatie die is ontstaan.³⁰ Mogelijk fleurt het jongetje in het voorbeeld op van het bijwonen van opera's, het zwemmen met dolfijnen, het

19. J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: LSA, *Waarheidsvinding en privacy*, 2005, 90-92 ('Wat is het realiteitsgehalte van de hypothese dat Emiel in de voetsporen zou zijn getreden van zijn negen jaar oudere broer en op eenentwintigjarige leeftijd zou zijn gepensioneerd als A-verpleegkundige zonder specialisatie?'). Zie ook: Chr. H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2015/4, par. 2.1 ('een dergelijke berekening van de toekomschade in hoge mate abstract is en niet veel meer kan zijn dan een beredeneerde slag in de lucht'); T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2005/5, p. 165-168 ('[d]e rechter doet er gewoon (...) een gooi naar', in het kader van uitspraken waarin wordt gespeculeerd wat er zonder het ongeval zou zijn gebeurd). S.C.P. Giesen & R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind - de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend en ernstig letsel', in: Lindenbergh, *Schade, vergoeden of beperken*, Den Haag, 2004, p. 79-80, 89; J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007, p. 100, 102-104.

20. Bijv. M.Th. Beumers & W.H. van Boom, *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 22 ('in plaats daarvan moet zijn verlies van arbeidsvermogen worden berekend aan de hand van het gemiddelde of modale inkomen in Nederland, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de kans op werkloosheid'); J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's

en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007, p. 113 ('De inkomensschade dient derhalve volledig abstract te worden begroot en te worden vastgesteld op het gemiddelde inkomen uit arbeid van de potentiële beroepsbevolking'); T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2005/5, p. 168 ('bereid (...) enige afstand te nemen van het dogma van concrete begroting van de schade'). Zie M.Th. Beumers & W.H. van Boom, *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 22 voor verdere verwijzingen. Zie voorts M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2014/5-6 en E. Engelhard, M. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht', over betekenis van het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen door letsel', *NTBR* 2015/9 over de rol van het gelijkheidsbeginsel bij het bepalen van een verlies aan arbeidsinkomsten naar aanleiding van een zaak over een kapster.

21. M.A. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de 'maatmens benadeelde'*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

22. Anderen lijken ook voor een dergelijke benadering te voelen, zie bijv. J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: LSA, *Waarheidsvinding en privacy*, 2005, p. 95 ('Een verdere verkenning (...) verdient de voorkeur'); F.Th. Kremer, 'Berekening van (toekomst)schade van ernstig gewonde jonge kinderen', in: Oldenhuis, *Toekomst-schade: Wat is een mensenleven waard*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008,

p. 45-46; S.C.P. Giesen & R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind - de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend en ernstig letsel', in: Lindenbergh, *Schade, vergoeden of beperken*, Den Haag: 2004, p. 90. Anders, zie J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007.

23. Onder andere A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 32 ('Als beginsel moet worden vooropgesteld dat de werkelijk geleden schade moet worden vergoed. Voorts zal deze in beginsel volledig moeten worden vergoed'); T. Hartlief, 'Vergoeden van personenschade: wat is wijsheid?', in: Castermans, Hijma, Jansen, Memelink, Sniijders & Stolk, *Ex libris Hans Nieuwenhuis: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 525; T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2005/5; J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: LSA, *Waarheidsvinding en privacy*, 2005, p. 95.

24. Arno Akkermans, 'Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel', in: *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, met verdere verwijzingen in voetnoot 1 aldaar.

25. A. Akkermans, 'Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienst-

verlening, de knikkers en het spel', in: *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

26. G. van Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand', *NJB* 2015/1787, afl. 36, p. 2530-2536.

27. Rb. Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847, zoals beschreven in J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: LSA, *Waarheidsvinding en privacy*, 2005, p. 91-92.

28. Bijv. M.A. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de 'maatmens benadeelde'*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, waarin een eerste, zij het nog abstracte aanzet wordt gegeven. Zie voorts M.Th. Beumers & W.H. van Boom, *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

29. Zie voorts M.A. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de 'maatmens benadeelde'*, Deventer: Wolters Kluwer 2016; M.Th. Beumers & W.H. van Boom, *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

30. Voor dit voorbeeld (en andere voorbeelden), zie A.A. Roelofs, 'Schadeafhandeling in het licht van herstelgerichte dienstverlening - heeft dat meerwaarde?', *Tijdschrift Letselschade in de Rechtspraktijk* 2015/6.

bekijken van wielervedstrijden, dierentuinbezoeken of van het reizen in bussen of treinen. Wellicht zou dit ook het geval zijn geweest zonder het ongeval, hetgeen problematisch is bij toepassing van de met/zonder-vergelijking (want causaal verband ontbreekt mogelijk), maar minder relevant onder de toekomstgerichte benadering (ik kom later terug op causaliteits- en begrenzingsproblematiek). Bij een herstelgerichte benadering zou vergoeding van dergelijke schadeposten moeten worden overwogen, zelfs als het causaal verband onzeker is omdat de schadeposten mogelijk ook zouden zijn ontstaan indien het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden. De vraag is immers: wat is nodig om, gegeven de omstandigheden, een behoorlijk bestaan te leiden? Het antwoord op de vraag is in belangrijke mate afhankelijk van de individuele benadeelde en welk bestaan nog mogelijk is voor deze benadeelde.

In de nieuwe benadering komt herstelgericht aansprakelijkheidsrecht in beeld als de met/zonder-vergelijking niet mogelijk of zinvol is, of als de schade een (hoogst) speculatief karakter heeft, zoals in het geval van jonge kinderen met ernstig (blijvend) letsel. In andere gevallen ligt het voor de hand te vergelijken met de hypothetische situatie die zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn ontstaan. Maar wat als de twee benaderingen samenkomen in dezelfde casus? Hoe pakt een en ander bijvoorbeeld uit voor de 56-jarige hoogleraar Burgerlijk Recht die behalve een vergoeding voor verlies van inkomsten ook excuses wil en dierentuinbezoeken vergoed wil zien? Het antwoord op de vraag of er moet worden teruggekeken (herstel in oude toestand) of vooruitgekeken (herstelgericht) verschilt per schadepost. De eerste schadepost (inkomstenderving) kan worden begroot aan de hand van de met/zonder-vergelijking, dat wil zeggen een vergelijking van de inkomsten voor en na de schadeveroorzakende gebeurtenis. De schade is immers niet (hoogst) speculatief. De andere vorderingen (excuses

le schadevergoeding, dat daaruit (mede) uitgaven zullen kunnen worden bekostigd welke kunnen dienen om het leven voor Josine zoveel mogelijk te veraangename en waaruit extra mogelijkheden kunnen worden bekostigd voor een zinvolle tijdsbesteding³¹

en de Rechtbank Zutphen:

‘(...) het de voorkeur verdient in plaats van uit te gaan van verloren arbeidsvermogen en een bepaald bedrag aan smartegeld, een bedrag toe te kennen waarmee een fonds kan worden gesticht waaruit extra’s kunnen worden gefinancierd waarmee het leven van Mil zoveel mogelijk kan worden veraangenaamd. Een dergelijke benadering van de schadevaststelling doet naar het oordeel van de rechtbank meer recht aan het onderhavige geval, dat (...) gekenmerkt wordt door een vanaf de geboorte aanwezige hersenbeschadiging die niet alleen iedere verdien capaciteit voor de toekomst lijkt uit te sluiten en de getroffen(e) afhankelijk doet zijn van permanente en levenslange verzorging door anderen in een daartoe geschikte inrichting, waarvan de kosten niet op hem (zullen) drukken.’³²

alsook het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao:

‘(...) nooit in staat zal zijn in haar eigen levensonderhoud te voorzien, noch de normale vreugden van het leven te genieten, hoewel zij zich dat niet ten volle bewust zal zijn. Hierdoor is geïndiceerd dat er een zodanig fonds ter beschikking komt dat Henriëtte zich daaruit binnen het raam van haar zeer beperkte mogelijkheden onbelemmerd door geldelijke tekorten kan staande houden en ontplooien.’³³

Deze uitspraken zijn in de literatuur scherp bekritiseerd,³⁴ maar goed in te passen in het concept van herstel binnen de ontstane toestand. Ieder van de drie uitspraken zijn illustraties van een op het individuele slachtoffer toegepaste maatstaf die vooruitkijkt in plaats van terugkijkt in situaties waarin herstel in de oude toestand simpelweg niet haalbaar is of het bepalen van schade hoogst speculatief is.

4. Grondslagen

Er zijn verschillende mogelijke grondslagen om het terug- en vooruitkijken in te passen in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Een eerste mogelijkheid is artikel 6:97 BW. Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, en dat de schade wordt geschat als de omvang ervan niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De zinsnede ‘die het meest met de aard ervan in overeenstemming is’ maakt het mogelijk om de met/zonder-vergelijking toe te passen waar deze gewenst is en om schade anders te begroten waar de herstelgerichte benadering daar om vraagt.³⁵

Een tweede mogelijke grondslag is artikel 6:96 lid 2 sub a BW, dat bepaalt dat redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade als vermogensschade kunnen worden vergoed, mits schade niet louter wordt opgevat als schade in financiële zin, maar ook in termen van psychisch, sociaal en emotioneel nadeel.

Er zijn verschillende mogelijke grondslagen om het terug- en vooruitkijken in te passen in het Nederlandse schadevergoedingsrecht

en dierentuinbezoeken) dienen te worden beoordeeld in het licht van herstel, waarbij onder meer de vraag zal rijzen of het toewijzen van de vorderingen therapeutische waarde zal hebben en of de vorderingen redelijk zijn in het licht van de gehele schade.

Er zijn in rechtspraak voorbeelden te vinden waarin rechters een dergelijke aanpak reeds hebben toegepast. Ik noem de Rechtbank Zwolle, die in een in essentie vergelijkbare zaak als hierboven (ernstig letsel na verkeersongeval) oordeelde dat:

‘Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er in deze aanleiding tot toekenning van een zodanige immateriële

Een derde grondslag is die van het vergoeden van immateriële schade. Deze mogelijkheid komt met name in beeld in het geval van schadeposten die onder de herstelgerichte benadering voor vergoeding in aanmerking komen die moeilijk te bewijzen of te voorspellen zijn.³⁶ Zo illustreert een interviewstudie onder slachtoffers van zaken die de Hoge Raad hebben gehaald dat slachtoffers een vergoeding voor immateriële schade hebben gebruikt voor onder meer een reisje naar Euro Disney, de aanschaf van een computer en voor allerlei aanpassingen (speelgoed, hobby's enz.) die op voorhand moeilijk waren te voorzien. Een vergoeding voor immateriële schade stelt de benadeelde in de gelegenheid om de financiële compensatie te besteden aan activiteiten of goederen die de benadeelde genot of vreugde brengen.

5. Begrenzing van het alternatieve concept

In het koppelen van een herstelgerichte benadering aan concrete en volledige schadevergoeding schuilt een belangrijk risico, namelijk dat van onbegrensde aansprakelijkheid en toenemende flexibiliteit (complexiteit) van schadebegroting. Dit geldt zeker nu een herstelgerichte benadering in belangrijke mate afhankelijk is van subjectieve behoeften van benadeelden (want volledige en concrete schadevergoeding) en deze behoeften sterk per individu kunnen verschillen. Misbruik ligt dan op de loer. Zonder begrenzing zou het namelijk mogelijk zijn dat een jaarlijkse vakantie naar een resort in de Cariben wordt vergoed na een gekneusde pink, dat een vordering wordt toegewezen tot het opzetten van een fonds waar € 100 000 in zou moeten worden gestort met het oog op herstel van een beschadigde auto, of dat een werkgever die jarenlang onterecht een salarisverhoging aan een werknemer heeft geweigerd wordt gedwongen tot het publiceren van excuses in landelijke dagbladen of op de nationale TV.

Een begrenzingsmogelijkheid ligt besloten in de hierboven genoemde redelijkheidstoets van artikel 6:96 lid 2 BW. Bij het bepalen van de kosten ter voorkoming of beperking van schade geldt een dubbele redelijkheidstoets: zowel het vergoeden van de kostenpost(en) als de hoogte van de kosten dient redelijk te zijn.³⁷ Onderdeel van deze toets is dat de kosten in verhouding dienen te staan tot de schade.³⁸ Onder de redelijkheids- en proportionaliteitstoets geeft een gekneusde pink waarschijnlijk geen aanleiding voor vergoeding van jaarlijkse vakanties naar de Cariben of voor publicatie van excuses in landelijke media na een onterecht afgewezen salarisverhoging.

Verder kan het matigingsrecht van artikel 6:109 BW worden ingezet om te vergaande aansprakelijkheid te begrenzen. Deze mogelijkheid komt in beeld wanneer de behoeften van een benadeelde groot zijn in vergelijking met andere, vergelijkbare benadeelden. Een voorbeeld is de zeer welgestelde benadeelde die ernstig letsel heeft opgelopen en zijn of haar luxe wil behouden. In dit verband kan de vergelijking met vergelijkbare anderen dienen als gezichtspunt om te vergaande individuele behoeften te begrenzen: welke behoeften hebben vergelijkbare anderen?³⁹ Heeft het bijwonen van opera's, dieren tuinbezoeken enz. een positieve uitwerking op (sommige) anderen die kampen met tijdelijk of blijvend psychisch letsel? Heeft het kopen van een woning naast een bedrijfspand bij anderen met lichamelijke invaliditeit geleid tot het kunnen redden van het bedrijf? Of hebben oplossingen in vergelijkbare zin positieve gevolgen gehad op het herstel van de benadeelde? Indien blijkt dat bepaalde oplossingen effectief zijn gebleken en bovendien minder kostbaar dan het niet vergoeden van dergelijke kostenposten zullen er gaandeweg lijstjes ontstaan van maatregelen die hebben gewerkt bij 'vergelijkbare anderen', en die dus ook zouden kunnen werken voor de benadeelde in kwestie. Overigens zijn dergelijke lijstjes in de praktijk al deels beschikbaar.

Tot slot biedt ook de leer van de redelijke toerekening (artikel 6:98 BW) een mogelijkheid om aansprakelijkheid te begrenzen. Deze houdt, heel in het kort, in dat schadeposten causaal moeten kunnen worden toegerekend aan de schadeveroorzakende gedraging. Gezichtspunten als de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de waarschijnlijkheid van het in te treden gevolg en de mate waarin de schade(post) verwijderd is van de onrechtmatige gedraging worden thans gebruikt om te bepalen welke rechtsgevolgen in voldoende causaal verband staan met de schadeveroorzakende gebeurtenis.⁴⁰

Tegelijk kan toepassing van dergelijke instrumenten de herstelgerichte benadering zodanig begrenzen dat er weinig meer van over blijft. Vooral de waarschijnlijkheid van het in te treden gevolg en de mate van verwijderdheid zijn problematische gezichtspunten waar het gaat om het toepassen van de herstelgerichte benadering. Is het voorzienbaar dat een slachtoffer van Roemeense afkomst dat blijvend invalide is geworden als gevolg van onrechtmatig handelen door een ander taalcursussen nodig heeft om Nederlands te leren opdat de integratie en het herstel worden bespoedigd? Is het voorzienbaar dat een benadeelde een coach nodig heeft om de dagelijkse dagbesteding door

31. Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203.

32. Rb. Zutphen 16 februari 1989 (*Mil vs. Gregoor*), rolnr. 1522/85, zoals beschreven in J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007.

33. GEA Curaçao van 15 januari 1973, *NJ* 1973/314.

34. Bijv. J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als

gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007. De hierboven genoemde voorbeelden uit de jurisprudentie zijn aan deze publicatie ontleend.

35. Zie ook HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 (*Baby Kelly*), r.o. 4.15.

36. Bijv. S. Lindenbergh, *Van smart naar geld: Ervaringen van tien slachtoffers van letsel schade met hun schadevergoedingsprocedure tot en met de Hoge Raad*,

Deventer: Kluwer 2013, die slachtoffers van zaken die de Hoge Raad hebben gehaald

interviewde. In de bijdrage wordt beschreven hoe slachtoffers de vergoeding voor immateriële schade hebben gebruikt voor onder meer een reisje naar Euro Disney, de aanschaf van een computer en voor allerlei aanpassingen (speelgoed, hobby's enz.) die op voorhand moeilijk waren te voorzien.

37. Onder meer MvA II, *Parl. Gesch.*, p. 337.

38. Bijv. HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1578 (*Smit vs. Moor*), *NJ* 1995/250; Salomons (Mon. BW-B38), nr. 15.

39. De abstractie wordt daarmee niet zozeer gebruikt om schade en de hoogte ervan te bepalen, maar veel meer om (te vergaande) aansprakelijkheid te begrenzen.

40. Zie C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2015/7065 voor een recente analyse van het beslismodel van art. 6:98 BW.

Bij een herstelgerichte benadering zou de nadruk moeten komen te liggen op het gezichtspunt van de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid, en minder (of niet) op de voorzienbaarheid en mate van verwijderdheid

te nemen en te evalueren? En is het voorzienbaar dat de echtgenote van het slachtoffer begeleiding krijgt gericht op de vraag hoe om te gaan met de invaliditeit? Het stellen dat dergelijke schadeposten in een te ver verwijderd verband staan van de schadeveroorzakende gebeurtenis, of dat de benadeelde deze uitgaven mogelijk ook had gedaan als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden (en dus geen voorzienbaar gevolg is van die gebeurtenis) doet de herstelgerichte benadering teniet.

Om te voorkomen dat de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW in de weg staat aan toepassing van het alternatieve concept, de herstelgerichte benadering in het bijzonder, zou bij een herstelgerichte benadering de nadruk moeten komen te liggen op het gezichtspunt van de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid, en minder (of niet) op de voorzienbaarheid en mate van verwijderdheid. Die mogelijkheid bestaat, aangezien kenmerkend voor gezichtspunten is dat zij gekleurd worden door de feiten en dat het gewicht dat ieder gezichtspunt krijgt afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.⁴¹ Dit biedt tevens ruimte om te differentiëren naar individu, ook in het kader van de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW.

Komen de kosten voor dierentuinbezoeken daarmee voor vergoeding in aanmerking? 'Ja' (mogelijk), ingeval van zwaar psychisch letsel. 'Nee', in geval van een gekneusde pink. En 'nee' in geval van een kapotte spiegel. Ook het vergoeden van taalcursussen, een coach of begeleiding is minder problematisch, zeker in het geval van ernstig letsel, waar ruime toerekening meer voor de hand ligt dan bij andere vormen van schade (bijvoorbeeld een gekneusde pink of kleren die zijn beschadigd). Om een herstelgerichte benadering een kans te geven, dient de causale toerekening te worden beoordeeld in het licht van een herstelgerichte benadering. Anders gezegd, de herstelgerichte benadering zou de causale toerekening kleuren.

6. Conclusie

Herstel in de oude toestand heeft door de jaren en eeuwen heen dienst bewezen. Het lijkt niet verstandig om het kind met het badwater weg te gooien. Tegelijk is herstel in de oude toestand geen 'one size fits all'-concept. Daarvoor staat het te veel onder druk, vooral, zoals hierboven is geschetst, waar het gaat om immateriële behoeften bij zwaar letsel, maar soms ook bij materieel nadeel en minder ernstig letsel. Een herstelgerichte benadering voorziet in de lacune die herstel in de oude toestand laat, maar deze benadering moet wel gefaciliteerd worden door een adequate juridische infrastructuur en dus verenigbaar

zijn met de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht, het schadevergoedingsrecht in het bijzonder. In plaats van het creëren van een tegenstelling tussen een herstelgerichte benadering en een restitutiegerichte benadering is in dit artikel onderzocht of de benaderingen complementair aan elkaar kunnen zijn, en zo ja, hoe.

Om de herstelgerichte benadering te verenigen met het schadevergoedingsrecht is een toetsingskader opgesteld bestaande uit drie elementen: het beginsel van volledige en concrete schadevergoeding, de idee van herstel in oude toestand en de herstelgerichte oriëntatie. De drie elementen kunnen worden verenigd in het concept van herstel binnen de ontstane toestand, dat in essentie de vraag stelt: 'wat nu?' en 'hoe verder?'. Soms is dat herstel in de oude toestand. Waar herstel in de oude toestand mogelijk is en niet (hoogst) speculatief, biedt de met/zonder-vergelijking uitkomst. Als de vergelijking met en zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis onmogelijk of (hoogst) speculatief is, bijvoorbeeld indien de benadeelde erkenning of excuses wenst, of indien de benadeelde dusdanig jong is dat de ontwikkeling van arbeidsvermogen moeilijk of onmogelijk te voorspellen is, dan ligt een toekomstgerichte maatstaf voor de hand: wat heeft deze benadeelde nodig om te herstellen en een, binnen de mogelijkheden, aange naam bestaan te leiden? Onder deze benadering wordt niet vergeleken met de situatie waarin de benadeelde zich zou bevinden als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden, maar met de situatie waarin de benadeelde zich nog redelijkerwijs zal kunnen bevinden.

Bij toepassing van het concept van herstel binnen de ontstane toestand komen verschillende schadeposten in beeld die onder het geldende recht niet of niet snel zullen worden toegewezen. Het risico bestaat dat de nieuwe benadering leidt tot te veel aansprakelijkheid of tot slachtoffers, belangenbehartigers en advocaten die herstel binnen de ontstane toestand aangrijpen om een extra hoeveelheid schadeposten op te voeren. Mogelijk leidt een en ander voorts tot een toename van het aantal deskundigenberichten, waarbij de deskundigen zich moeten uitspreken over de therapeutische effecten van die schadeposten. Het is afwachten of die gevolgen zich werkelijk zullen voordoen en hoe op verzoeken daartoe wordt beslist. De in dit artikel voorgestelde benadering moet bovendien worden gezien als een verkenning van hoe het klassieke schadevergoedingsrecht en een herstelgerichte benadering kunnen worden geïntegreerd, en niet als aanleiding voor het creëren van geschillen over de hoogte van schadevergoedingen. Wie dat laatste denkt of hoopt, heeft weinig begrepen van de herstelgerichte benadering. •

⁴¹ J.B.M. Vranken, *Algemeen deel****: een vervolg, Deventer: Kluwer 2005, nr. 96.